Eis o parecer aprovado pela 6.^a Comissão:

"Partindo da asserção de que a intransigência em manter rigorosamente a velha distinção romana entre Direito Público e Direito Privado vem gerando, na literatura do Direito Administrativo, a multiplicação de "novidades", que só o esquecimento completo dos dogmas privatísticos autorizaria fôsem consideradas tais, conclui o ilustre professor Ruy Cirne Lima mostrar-se oportuno empreender o estudo dos institutos e figuras jurídicas do Direito Administrativo, em comparação com as espécies paralelas do Direito Privado, criando-se, destarte, um como Direito Comparado "*ad intra*", nesse setor importantíssimo da investigação jurídica. Como contribuição a êsse "desideratum", elaborou ensaios sobre "Ato administrativo e ato jurídico privado" e "Domínio público e propriedade privada". Como a totalidade dos membros da Comissão não só tem conhecimento pessoal e direto dos termos da tese do professor Ruy Cirne Lima, como concorda, ainda, plenamente, com as conclusões a que, com a habitual maestria, chegou o eminente juriconsulto, deliberou a mesma Comissão encaminhar a aludida tese ao plenário do Congresso com a recomendação de que a aprove integralmente. Tratando-se por outro lado, de trabalho não muito extenso, resolveu, também, a Comissão dispensar o relatório acêrca da tese e designar um dos seus membros para, em plenário, proceder-lhe à leitura".

Cumprindo essa determinação, o relator passou a ler a tese do professor Cirne Lima, que mereceu integral aprovação do plenário.

NATUREZA JURÍDICA DA CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello

Professor Catedrático da Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Capítulo I

DO SERVIÇO PÚBLICO

1 — A vida isolada do homem, é, em regra geral, impossível. Pela própria natureza, são os entes humanos impelidos a viver em sociedade. Além disso, percebendo as vantagens que resultam da cooperação dos seus semelhantes, não podem deixar de desejá-la. Temos, portanto, que a vida social é uma resultante dêsses dois elementos: necessidade e liberdade.

Daí, o dever de colaboração recíproca, concretizado no princípio de solidariedade, não só impôsto pela própria natureza, como, ainda, querido, por verificar-se que convém à vida em comum.

O meio exterior apropriado é fisicamente adequado ao desenvolvimento do nosso organismo, para êste percorrer o ciclo natural da sua evolução. Por sua vez, o meio social apropriado é psicologicamente adequado aos nossos sentimentos e aos nossos pensamentos, para se manifestarem e se aprimorarem.

Para que a vida em sociedade possa frutificar, exige a prática de certas atividades e, por outro lado, a abstenção de outras. Isto, é, tôdas aquelas atividades que contribuem para a vida social prospera devem ser praticadas, bem como devem ser evitadas tôdas as que lhe forem prejudiciais. Eis aí, a conclusão imposta: a união dos esforços individuais para a realização de fim comum, constituidor do bem da coletividade.

A expansão da personalidade humana exige, — e isso é de senso comum — a formação de várias sociedades, algumas naturais e outras convencionais, sendo, conseqüentemente, necessárias as primeiras e voluntárias as segundas.

Embora ambas constituam meios para o ser humano alcançar o fim, força é distinguí-las como condição indispensável no primeiro caso, e, simplesmente, como fator aconselhável, no segundo. Aquelas compreendem as sociedades familiar, profissional, política e religiosa. Estas, enfeixam quantas sociedades privadas venham a ser constituídas por acôrdo de vontade entre os cidadãos e não sejam havidas como contrárias à natureza humana.

2 — No campo social, é mister apreciarem-se as relações dos seres humanos entre si, dêstes com as sociedades, e das mesmas sociedades entre elas. Cada qual tem atribuição própria, como campo de ação exclusivo, em atenção a finalidades peculiares. Mas, além destas atribuições, outras existem, refulgindo ao círculo particular de cada qual, e, assim, surge a complexidade dos casos mixtos, em que se faz preciso estabelecer a proeminência entre duas posições em choque. Porém, é de bom aviso não se confundirem competências concorrentes com competências privativas.

A solução do problema social está em solver-se a incógnita do justo equilíbrio a obter-se na relação estabelecida pela posição do homem em face da sociedade. À sociedade, cabe observar, nada mais que a reunião de homens para atingir o bem comum dêles. Assim, a solução da incógnita consiste no estabelecimento de uma equação humana, que se resolverá pela prevalência dos atos do homem enquanto homem, sobre os atos do homem enquanto animal.

Para se conseguir a eficácia dêsse “desideratum” é indispensável o aparecimento de um princípio unificador, que dirija as atividades humanas na melhor coordenação possível, e assim surge a autoridade.

3 — A autoridade constituída, na sociedade política, resulta da vida dos homens em sociedade e consiste na organização de poder unificador de um povo em dado território, tendo em vista o bem comum dos seus membros.

Existe para servir à coletividade e só se justifica a sua organização, para salvaguardar o interesse da comunidade, sendo as suas atividades condicionadas ao bem comum dos indivíduos que compõem a sociedade política.

O que distingue esta, ou melhor, o Estado das outras coletividades é ser um poder supremo, isto é, possuir como qualidade essencial a soberania. Diz-se que um poder é supremo quando tem não só a capacidade de auto-determinação, como, também, a de demarcar, êle próprio, o seu campo de ação, respeitando, entretanto, os princípios da ciência jurídica. Convém não se confundir soberania com onipotência; daí a razão desta ressalva. Além da restrição necessária, ora mencionada, pode sofrer as restrições voluntárias que impuser a si mesmo.

Constituindo-se corporações políticas soberanas, são os Estados em princípio, iguais e, por isso, considerados, uns em relação aos outros, comunidades independentes.

Num certo território e sobre o seu povo, em regra, portanto, só pode haver poder público titular da soberania, quer dizer, competente para a totalidade dos assuntos temporais de ordem política.

E, embora muitas vêzes o exercício dêles se distribua entre outras entidades, unicamente o Estado fica com a capacidade de decisão em última instância, pois, a soberania é, por natureza, indivisível.

Entidade, abstrata, êle se traduz por fatos materiais tangíveis ou intelectualmente perceptíveis, constituindo uma unidade no espaço e no tempo, pois, é uma organização composta de indivíduos, mas possui caráter mais duradouro, e independente dêles, considerados “ut singuli”, e que visa realizar o bem comum da coletividade.

Assim, embora dependa dos elementos humanos que o compõem para existir em dado território, forma um todo distinto dêles e com escopo definido, especial e exclusivo. É o núcleo de convergência e o ponto de partida das atividades levadas a efeito em atenção ao bem comum dos componentes da comunidade e participantes do caráter de identidade e permanência. Essa qualidade, de ser centro de atribuições e operações na ordem moral e ser capaz de direitos e obrigações na ordem jurídica, o caracteriza como pessoa moral e jurídica, ou, melhor, como pessoa coletiva.

Como pessoa coletiva, o Estado distingue-se da pessoa física pois, ao contrário desta, é desprovido dos atributos próprios de inteligência e vontade, que lhe são peculiares. Êle, realmente, não é um ser consciente e livre, mas unidade composta de seres conscientes e livres, isto é, união formada de seres com os atributos de inteligência e vontade sob um poder unificador, em dado território, ligados através de relações de interdependência e solidariedade, visando ao mesmo fim. Em resumo, é um ser acidental constituído de relações entre seres substanciais para alcançar o seu bem comum.

4 — Examinando-se a natureza das cousas, cumpre dar a cada um o que é seu: a Cesar o que é de Cesar e a Deus o que é de Deus — e daí o termos a justiça nos seus múltiplos matizes: quer nas relações comutativas igualitárias, quer nas relações institucionais, distributivas. E a justiça nada mais é que a expressão do Direito, o qual rege as relações humanas na sociedade, fixando as condições da conduta dos seres que a integram.

Mas, êsse Direito não é o impôsto pela vontade da maioria, em que o bem comum se transforma na soma das vontades particulares, nem é o impôsto pela vontade de um só, em que o bem comum

se transforma em entidade mitológica superior aos homens. O Direito, de que se fala, é o obtido pelo exame da natureza humana e pelo estudo das condições necessárias para o homem atingir o seu fim. Destarte, as condições de vida social próspera são fornecidas pela própria natureza humana, considerando-se não o indivíduo, isto é, o ser animal, mas a pessoa, isto é, o ser racional. Não se sufoca o homem pelo socialismo nem se anarquiza a sociedade pelo individualismo. Não há sequer a egolatria do anonimato, expresso no domínio democrático da maioria, ou do ditador, manifestado na opressão da autocracia.

Excluindo-se o prestígio da autonomia da vontade, procura-se a solução no império da natureza das cousas e, por esse modo, se harmonizam os extremos, substituindo-se o egoísmo, de um ou de muitos, pelo solidarismo. Para tal, estabelece-se a seguinte proporção: o indivíduo está para a sociedade, assim como a sociedade está para a pessoa humana. E, isso, porque a eclosão da sociedade se deu como razão de ser para o homem, como ente racional, atingir o seu fim, pelo desenvolvimento da inteligência da pessoa e domínio dos sentidos do indivíduo.

A noção do bem comum, — não é quantitativa, porém qualificativa, — não se superpõe, mas se subordina à natureza humana. Na verdade a sociedade tem por objetivo facilitar a expansão de todos os predicados humanos, e a coordenação do bem comum é feita com o intuito único, de servir à coletividade ou, seja, aos seres humanos que a constituem, enquanto tais.

O direito, que se apregôa, enfim, é o direito natural, cujas raízes estão na própria moral, ou, melhor, é a própria moral social, — o qual substitui o acaso arbitrário ou o determinismo necessário, por uma ordem social natural, decorrente da finalidade intrínseca dos seres que compõem a sociedade.

A concretização dos princípios abstratos da ciência jurídica exige esforço paciente, observação atenta e prolongada dos caracteres humanos, dos costumes da sociedade, do jogo das leis e do mecanismo das instituições.

Assim, se concilia a imutabilidade dos princípios científicos fundamentais com a variação dos seus desenvolvimentos na aplicação, através do tempo e do espaço. E, o *direito natural, estável*, presidiendo, segundo as circunstâncias, a oscilação, do conteúdo dos preceitos que lhe são complementares e encerram o *direito positivo, em constante adaptação*, atendendo a razões históricas e geográficas e a pressão do homem e do meio em cada época.

5 — No Estado da Direito, há a distribuição de atribuições específicas que competem ao poder público, uno, entre os vários órgãos pelos quais se atua. Daí a criação da chamada teoria da se-

paração dos poderes, até há bem pouco tempo clássica no direito constitucional. Hoje em dia, entretanto, ela vem sendo objeto de justas críticas, pois, na verdade, o poder público é uno, sendo diversas apenas as suas manifestações, caracterizadas por funções fundamentais.

Assim, não se pode dizer que os três poderes, legislativo, executivo e judiciário, são órgãos do Estado, mas, que o poder público soberano, com funções fundamentais, se espraia através de vários órgãos que, devem estar coordenadas por um órgão superior, a quem compete unificá-las, firmando as diretrizes do conjunto.

Competências distintas não se misturam. Porisso, atribuições de natureza diversa cabem a órgãos coordenadores independentes. E estes se integram no órgão supremo constituinte, de onde dimanam todos os poderes que lhes são atribuídos. Entendem os autores, em divergência, que essas funções fundamentais ora compreendem a atividade legislativa, coordenada pelo Parlamento, a atividade executiva, ou melhor, administrativa, coordenada pelo chefe do governo e a atividade judicial, coordenada pelo mais alto Tribunal do País; ora desdobram a atividade executiva em atividade governamental e administrativa, cabendo àquela os atos de direção e a esta os atos de execução, ambas, entretanto, coordenadas afinal no mesmo órgão; ora consideram a atividade judicial e executiva como partes da mesma atividade administrativa e, daí, só admitirem duas competências fundamentais: a administrativa e a legislativa, respectivamente coordenadas pelo Chefe da Nação e Parlamento.

Nenhuma dessas correntes dominantes no pensamento jurídico moderno, está com a razão, ao classificar as funções fundamentais do Estado, pois, na verdade, elas se reduzem às seguintes: administrativa e judicial.

Pela atividade administrativa, o Estado integra os princípios necessários à consecução de seu fim, de realização do bem comum de seus membros, de modo direto.

Compreende o estabelecimento de normas de caráter geral e sua aplicação por atos que a concretizam em face das situações particulares, devidamente fiscalizados e informados, sempre tendo em vista a integração dos princípios julgados necessários à realização do bem comum dos membros da comunidade política.

Pela atividade judicial o Estado reintegra os princípios considerados necessários à realização do bem comum dos seus membros, resolvendo situação contenciosa, provocada no processo de exteriorização do direito, pelo estabelecimento, mediante interpretação ou construção, do direito controvertido.

6 — Em virtude do Estado ser desprovido de atributos de inteligência e vontade, a realização das atividades necessárias à con-

seção de seu fim é confiada a indivíduos, considerados seus agentes, mas a ele imputadas, pois são praticadas em seu nome e interesse, isto é, no interesse coletivo, seu escopo especial e exclusivo.

Atinge pois, o Estado, em regra, o seu fim *diretamente* por agentes públicos, no cumprimento das respectivas atribuições. Os serviços levados a efeito de tal modo, são executados em nome do poder público, e no seu interesse, e considerados, por consequência, próprios da pessoa coletiva, política, a que são imputados.

Entretanto, há serviços que o Estado, muitas vezes prefere não empreender diretamente, e então delega o seu cumprimento aos particulares que os executam em nome deles (particulares) e no seu interesse, devendo-lhes, portanto, ser atribuídos como próprios. Porém, como tais serviços são de caráter público e os particulares apenas os exercem em virtude de delegação da administração, cabe ao Estado velar pelo modo do seu exercício, salvaguardando o interesse da coletividade. Esses particulares são considerados órgãos *indiretos* da atividade do Estado.

7 — O serviço público compreende a prestação de atos de utilidade jurídica, pelos indivíduos para tal encarregados, o que corresponde ao exercício de ofício público; ou a prestação de verdadeira comodidade pela feitura de obra ou disposição de coisa, por reparação para isso organizada, o que corresponde ao exercício de empresa pública.

O serviço público pode consistir em atividades que satisfaçam às pessoas componentes da comunidade, isoladamente consideradas, ou à comunidade em si, isto é, “pró-cidadão” e “pró-comunidade”. Em uma das hipóteses o serviço é instituído em atenção a quem recebe as vantagens, enquanto na outra é criado tendo em vista, apenas, o bem comum, isto é, serviços para o cidadão e serviços para a comunidade.

Os primeiros são, de qualquer forma, oferecidos ao público, e os segundos lhe são, de certo modo, impostos; aqueles são colocados à sua disposição, para que se utilize ou não deles, conforme lhe aprouver, ao passo que estes ele é obrigado a suportar, mesmo contra a sua vontade, mediante coação. Uns, são condição de vida da sociedade política, enquanto outros são condição de *aperfeiçoamento* e de *melhoria*, apenas dela.

O serviço público pró-comunidade atende ao bem comum, ou, seja, ao interesse coletivo da comunidade, sem dar relevância ao interesse individual. Isso porque não pode ser individualizado, como a defesa nacional, cujo interesse da coletividade se integra até com o interesse do próprio Estado em si, embora este seja meio para realizar aquele fim; ou então porque não tem objetivos de satisfazer aos

interesses individuais, mas, entretanto, reflexamente se satisfazem, por lhes convir, a-pesar-de levados a efeito, apenas, tendo em vista a imediata conveniência da coletividade; “v. g.”, certas medidas de polícia, de segurança pública ou de bem estar geral. Os serviços públicos pró-cidadão são aqueles que, atendendo ao bem comum, ou melhor, ao interesse coletivo da comunidade, visam satisfazer o interesse individual dos cidadãos que compõem essa comunidade, isoladamente considerados, seja porque esse é o seu escopo primário, como o caso do transporte; seja porque a satisfação de ambos os interesses — individual e coletivo — se confundem, “v. g.”, as vias de comunicação.

8 — No exercício de suas atividades para realização dos serviços públicos, o Estado se utiliza, quando necessário, do poder de império sobre as pessoas e do domínio eminente sobre as coisas, em regime jurídico especial de prerrogativas incontestáveis de mando, resguardados, é certo, os direitos dos particulares, segundo a ordenação jurídica dominante. Esses processos são de aplicação direta e imediata com referência aos serviços públicos pró-comunidade, uma vez que são impostos ao público, e de aplicação simplesmente indireta e mediata nos serviços pró-cidadão, visto que são oferecidos ao público, concorrendo em tal hipótese para facilitar a execução do serviço, propriamente dito, ou para assegurar a sua boa gestão.

Além de atividades para cumprimento mediato ou imediato dos serviços públicos, realiza o Estado outros, que devem ser havidos como de caráter particular, constituindo, na verdade, meios indiretos para atingir aqueles. Na realização de tais atividades o Estado se equipara aos súditos nas suas relações recíprocas.

Para consecução do seu fim, portanto, o Estado se utiliza de meios e modos adequados para isso, sendo que esses meios e modos necessários e próprios para execução de serviços públicos são havidos como públicos ao passo que são considerados como privados aqueles que servem para realização de sua atividade privada.

Ao poder público, no exercício das prerrogativas que lhe são próprias como ente soberano, na consecução do bem comum, cumpre, sempre, alterar a organização e o funcionamento dos serviços públicos e modificar o modo de desempenho dos atos públicos. Trata-se de atribuição personalíssima e decorrente de sua própria razão de existir, que jamais pode ser alienada, sob pena de considerar-se tal procedimento político e juridicamente sem valor. Com referência à sua atividade privada, sujeita-se ao direito comum.

Os serviços públicos, destinados a satisfazer imediata necessidade coletiva, devem ser organizados tendo em vista especialmente a realização desinteressada de tal objetivo, sem o intuito de auferir

rendas, pois, em princípio, não tem finalidade lucrativa. Nada impede, entretanto, que as despesas da prestação dos serviços públicos sejam cobertas, com margem, por seus beneficiários, havendo assim, a título de incentivo, uma parcela de proveito. Só a natureza do serviço é que permite seja ele explorado com lucro, pelo custo ou mesmo com prejuízo, o que é apreciado pelo governo, atendendo a conveniências político-administrativas.

Ao contrário, as atividades privadas do Estado podem ter objetivos comerciais, embora seja desaconselhável exerça ele essas empresas, pois, as atividades privadas do Estado só devem existir como elemento para consecução de suas atividades públicas.

9 — Os meios de gestão são os procedimentos utilizados pela administração pública, para conseguir os elementos julgados necessários para o serviço atingir o seu escopo, a saber: homens, materiais e dinheiro.

Os processos de gestão são os métodos utilizados pela administração pública na realização do próprio serviço, estabelecendo para tanto as condições havidas como mais convenientes, a saber: "regie" e concessão.

10 — Na realização do seu fim, o Estado exerce dupla ação: jurídica e social. A ação jurídica visa a consecução das atividades de defesa externa e manutenção da ordem interna, para efetivação da paz na sociedade política, pela tutela do direito. A ação social visa a consecução das atividades tendentes a desenvolver as condições de bem estar e aproveitamento coletivos, pela satisfação das necessidades físicas, econômicas e espirituais dos cidadãos.

A ação jurídica compreende atribuições privativas do poder público. A outorga da tutela do direito aos particulares, acarretaria a sua falência virtual, em virtude de privá-lo da sua função precípua. A ação social é levada a efeito pelo poder público concorrentemente com os particulares, sendo que o primeiro, age, somente, em caráter supletivo e complementar, isto é, com objetivo de suprir a falta ou deficiência dos serviços afetos ao último, salvo, é claro, os casos em que a natureza peculiar dos serviços ou razões de conveniência administrativa, tendo em vista interesse público, por motivos compreensíveis, aconselhem a retirada de certos serviços, em princípio, da alçada livre dos particulares, para serem avocados pelo Estado.

Assim, a ação social compreende duas ordens de atribuições distintas: as em que os particulares concorrem com a administração, e as que devem ser avocadas por esta última. Com referência às primeiras, incumbe ao poder público, em regra, apenas zelar por sua execução, fomentando a atividade dos particulares, ao passo que, com

referência às últimas, como norma, há a substituição da atividade livre dos particulares pelo poder público. São respectivamente serviços impróprios e próprios do Estado ou, melhor, serviços de utilidade pública e serviços públicos. Estes só podem ser exercidos pelo Estado ou seus delegados e destinam-se ao público, mediata ou imediatamente; aqueles devem ser exercidos pelo Estado somente na falta ou deficiência deles por particulares, incumbindo-lhe, em regra, apenas, animá-los, incrementando e incentivando, senão mesmo exigindo, quanto possível, o seu exercício por terceiros. Os chamados "serviços impróprios do Estado", isto é, de utilidade pública, são serviços correspondentes a prestações privadas, mas, dado o fim a que são dirigidos, e o número elevado de pessoas que nêles são interessadas, pertencentes à coletividade, são submetidos a disciplina jurídica especial, mesmo porque, na falta dos particulares poderem exercer tais serviços, deve o poder público provê-los.

Tais serviços, por isso, são exercidos até mediante certa regulamentação do Estado. Constituem atividades privadas, sujeitas à sua ingerência.

A simples regulamentação, portanto, da prestação de determinada atividade, em alguns de seus aspectos, não significa, em considerá-la pública, mas, apenas, de utilidade pública. A regulamentação, que implica em considerar o serviço como público, é a sua retirada do comércio comum, com o estabelecimento de sua exploração pelo Estado ou seus delegados. Enfim é preciso que se enquadre nos processos de execução de direito público.

Os casos cuja natureza peculiar indica que devem ser avocados pelo Estado, são fáceis de serem discriminados. Enfeixam os serviços que, para seu cumprimento exigem, ao menos mediatamente, o exercício do poder de império, próprio dos seres soberanos e dos entes que constituem seus desdobramentos, ou o uso de bens do domínio das entidades políticas. Os casos em que a conveniência administrativa, tendo em vista especial interesse coletivo, aconselha sejam alguns serviços avocados pelo Estado, são de difícil classificação, pois, só o exame das circunstâncias objetivas é que convence ou não da necessidade de retirá-los da ação livre dos particulares e sujeitá-los a regime de controle. Considerar, por conveniência administrativa, certo serviço como público, é atribuição discricionária do Estado.

As atividades dos particulares que devem ser, por conveniência administrativa, consideradas como serviços públicos, são as que afetam, de certa maneira, a defesa nacional ou a ordem pública, exemplificativamente, pela sua posição estratégica ou facilidade de divulgação ao estrangeiro, os serviços de telégrafo, rádio, etc., ou, então, as que refletem diretamente no interesse da coletividade, nas suas condições de bem estar, pela circunstância de disfrutarem, de algum

modo, monopólio de fato, a saber: a) — pela limitação de suas fontes de suprimentos; b) — pela falta de concorrentes, em virtude do caráter do serviço, que exige grandes capitais e tem campo de ação relativamente restrito; c) — pela dificuldade de encontrar locais de depósito, estações, etc., vantajosos para a instalação do serviço e para o público; d) — pelas condições em que o produto ou o serviço é usufruído ou prestado; e) — pela inconveniência de concorrência; f) — pela segurança coletiva; g) — pelo abuso dos negociantes que, sem a avocação e fiscalização na gestão pelo Estado, têm possibilidade de abusar e efetivamente o fazem.

11 — As funções públicas da atividade jurídica são, em princípio, indelegáveis, pois pela própria essência, constituem atribuições exclusivas do poder público e, portanto, devem ser executadas diretamente pelo Estado. As empresas públicas da atividade social, em virtude de serem exercidas pelo Estado em caráter supletivo e complementar ou em consequência de avocação, dada a natureza especial da forma de exercício de alguns dêles ou motivos de conveniência administrativa, tendo em vista especial interesse público, podem ser conferidas pelo Estado a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado, quando não lhe parecer oportuno explorá-los diretamente.

Só se pode delegar a terceiros certos serviços da atividade social quando o particular, na sua exploração, possa auferir proventos, portanto, serviços industrializáveis e, demais, não sejam daqueles que são impostos aos indivíduos, mas simplesmente colocados à sua disposição, para que dêles disfrutem quando entenderem conveniente. Isso porque, no primeiro caso, faltaria o fator fundamental para atrair a atenção de terceiro e harmonizar o seu interesse com o do Estado de conseguir adequada organização e funcionamento tão perfeito quanto possível, do serviço delegado. E, no segundo caso, haveria o inconveniente, perturbador da própria ordem social e em especial da segurança individual, de entregar-se a terceiro o exercício de atividade cujo desenvolvimento direto exige a constante coação sobre o particular, no cumprimento de competência peculiar a uma autoridade. Não devem ainda, ser concedidos os serviços que se relacionam com a defesa nacional e a ordem pública, a saber: as estradas de ferro estratégicas, o serviço de correio.

O desenvolvimento de uma cidade depende, em grande parte, do sistema desses serviços públicos industriais, organizados e funcionando em forma contínua, regular, sem discriminação pessoal de usuários e em condições satisfatórias. São serviços necessários para se levar vida consentânea com a civilização atual e dificilmente dispensáveis um dia sequer, pelos prejuízos de ordem econômica e social que acarretariam ao público. Tanto industriais como comerciantes, operários manuais como trabalhadores intelectuais, servem-se dêles.

Tais serviços são de vida estável, mudam de gerações em gerações e não de estações em estações do ano, sendo relativamente lentas as suas transformações, pois, o seu progresso decorre dos marcos profundos assinalados nos avanços das ciências. Eles não se alteram segundo os gostos ou as imposições da moda. Constituem instituições e não formas comerciais. Têm fim altruista e não egoista.

Esses serviços de caráter industrial compreendem principalmente, as comodidades seguintes: a) *transportes* terrestres, através das ferrovias, ônibus, metros, bondes; aquático, marítimo e fluvial por meio de embarcações apropriadas; aéreo, pelos aviões e balões; e pelo sub solo, utilizando-se de canalizações, para condução de água, óleo, gás e outras necessidades e escoamento de detritos; b) *comunicações* feitas em forma de correspondência postal, telegráfica, radiográfica, telefônica; c) — *fornecimento de água, calor, frio, luz e energia*, pelas comodidades da água, gás e eletricidade; d) — *satisfação adequada das necessidades alimentares fundamentais*, como usinas pasteurizadoras, matadouros etc. Há várias classificações feitas pelos escritores. Nenhuma, todavia, é absolutamente satisfatória e completa sendo de caráter enunciativo e não taxativo. Desenvolvem-se, dia a dia, esses serviços em virtude do crescimento da população e, consequentemente, das cidades, originando maior densidade de habitantes nas zonas urbanas, impelindo à divisão intensa do trabalho, forçando alterações da técnica da vida e dos processos de sua satisfação, impondo ainda a colocação, em diferentes locais, de produtos cujo consumo é necessário à coletividade e, assim, as comodidades são produzidas em larga escala, oferecidas ao público, por organizações especializadas, que têm por objetivo a prestação de serviços havidos como públicos, dadas as necessidades sentidas em determinada época, segundo o estado de cultura da sociedade, aferido esse estado pelos imperativos ambientes do homem e do meio.

Não existem e não podem existir contornos precisos estabelecendo a esfera tanto dos serviços públicos, como dos de utilidade pública, como, ainda, dos privados. À medida do evoluir das sociedades políticas, esses serviços saem de uma zona para serem encaixados na outra. Sem dúvida, constituem conceitos fixos, mas de conteúdo variável. Variável segundo o grau de civilização e progresso do Estado, as necessidades do povo e as condições peculiares de cada local. Há mesmo uma zona crepuscular entre muitos dêles, em cuja linha de circunferência as esferas se tangenciam interpenetrando-se. E daí as dúvidas nas classificações doutrinárias e legais existentes.

12 — Enquanto os serviços públicos da atividade jurídica são executados, em princípio, pelo poder público, os serviços públicos da atividade social que competem ao Estado, podem ser geridos pela própria administração ou pelos particulares por via de delegação do

poder público para o exercício dessa atribuição. Na primeira hipótese — exploração do serviço diretamente pelo poder público — temos a socialização e na segunda hipótese — exploração do serviço por particulares em virtude de delegação do poder público — temos a concessão.

Após a Revolução Francesa, sob a influência dos preceitos individualistas que a informaram, predominou, em as nações civilizadas, a concepção de que o Estado devia se abster de gerir, diretamente, os serviços da atividade social, devendo nas duas hipóteses em que se justificava fôsse avocadas para si tais atribuições, delegar o seu exercício aos particulares, mediante concessão de serviços públicos. Era a época em que imperava o princípio do "laissez faire, laissez passer". A grande guerra acarretou profunda transformação no pensamento contemporâneo, que se viu, então, imbuído das concepções socializantes do Direito, e por conseguinte, dominado pelas doutrinas favoráveis à intervenção direta do Estado na ordem social. E' o predomínio da economia dirigida.

Contra a administração direta do Estado nos serviços públicos, se podem levantar várias objeções. Assim, se alega, em primeiro lugar, a sua incapacidade para explorá-los em consequência de faltarlhe as necessárias doses de iniciativa e adaptação às circunstâncias que vão surgindo por ocasião do desempenho do serviço o que exige ação rápida ante as situações objetivas aparecidas. Em segundo lugar se argumenta haver nas suas empresas, deficiência de interesse pessoal, pois, ele age por intermédio de representantes, os quais não têm, nos negócios, o mesmo interesse que os particulares imediatamente atingidos por êles. Além disso estão sujeitas tais empresas a influências políticas, sendo difícil também sua rigorosa fiscalização afim de se impedirem abusos de diversas naturezas. E êsses inconvenientes são mais sensíveis segundo o grau de complexidade do serviço e, principalmente, quando há inversão de grandes capitais.

Entretanto, por outro lado, força é reconhecer, o serviço exercido por concessão, em regra, tem o seu fim deturpado pelo concessionário que procura satisfazer quase que exclusivamente as suas ambições gananciosas, em detrimento do bem estar coletivo — razão de ser do serviço. Demais, a fiscalização do poder público, contra os abusos dos concessionários, é muito difícil e dispendiosa, pois êstes procuram estabelecer o máximo de transtornos à ação do poder público, procurando por todos os meios, fugir à sua interferência controladora. Há serviços que convém sejam socializados, ao passo que outros são mais interessantes quando exercidos por concessão. Na verdade, a escolha dos métodos, quanto à forma de cumprimento pelo Estado, de determinada atividade social, varia em atenção às circunstâncias objetivas e à natureza dos empreendimentos.

Caberá à regulamentação de serviços públicos acautelar as críticas acima apontadas contra ambos os sistemas. Prescreverá que a execução de tais serviços, quando exercidos diretamente pelo poder público, seja feita sob regime especial de autarquia e, portanto, independente das influências burocráticas e políticas e debaixo de ação de pessoa interessada no êxito da empresa. Estabelecerá que a prestação dêsses serviços, quando desempenhados por concessão, seja feita mediante completa fiscalização do poder público, pela repartição competente, e os seus dirigentes sujeitos a severas medidas punitivas no caso de excessos de orientação da empresa ou na defesa dos seus interesses. Além disso, em ambas as hipóteses, optar pela sociedade de economia mista que consiste em participar o poder público como sócio de empresa particular concessionária de serviço público, tendo maior ou menor ingerência, conforme o capital nela invertido, quando poderá ocorrer preponderância da riqueza pública ou privada, segundo a orientação política-administrativa julgada mais aconselhável, em função do objetivo que sugeriu a exploração do serviço público por concessionário constituído em empresa de economia mista. Em linhas gerais, portanto, a orientação no assunto poderá ser fixada. Porém, a solução definitiva deverá competir à entidade política que tiver a atribuição do serviço, pelo exame cuidadoso dos casos concretos.

Dada a intervenção muito intensa, nos países latinos, dos políticos na atuação do Govêrno, prejudicando os interesses coletivos em proveito das conveniências partidárias, nos parece preferível o regime de concessão ao de exploração direta pelo Estado, mesmo sob forma autárquica, dos serviços públicos de sua atividade social de caráter industrial. Mais fácil será se encontrarem nesses povos "equipes" de funcionários dedicados e hábeis que exercerão convenientemente a fiscalização dos serviços concedidos, do que conseguir-se organização satisfatória do poder público para diretamente gerir tais atividades, de forma que essas repartições fiquem alheias ao bafejo da politicagem ou do emperramento burocrático. A socialização deve ser usada apenas como último recurso, quando a fiscalização dos serviços concedidos vier de todo a falhar. Na verdade, preferimos constitua antes uma ameaça contra possíveis abusos dos concessionários, do que um processo normal de execução do serviço. A sua previsão é imprescindível justamente para tais circunstâncias. Porisso, de regra, cumpre ser em potência para se atualizar em casos excepcionais, somente.

A sociedade de economia mista, se adotada, também melhor atenderá ao interesse público, ao nosso ver, se nela prevalecer o capital particular, não constituindo, portanto, uma força disfarçada de socialização, mas, ao contrário, empresa realmente de natureza privada. Em casos esporádicos, em que urge maior domínio do poder pú-

blico, êle absorverá, então, a empresa, utilizando-se dos processos de direito público cabíveis.

Sempre, a socialização, absoluta ou relativa, do serviço da atividade social de caráter industrial, deve constituir medida de exceção, usada em casos excepcionais. O instituto nessa eventualidade, vale mais como arma possível de ser empregada, portanto como atuação preventiva de coerção psicológica sobre os concessionários.

Capítulo II

DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

13 — Concessão é o ato administrativo pelo qual o poder público incumbe a uma pessoa, natural ou jurídica, de exercer um serviço público. Embora continue a ter o caráter de serviço público, é êle exercido em nome e por conta e risco do concessionário.

14 — Coloca-se o concessionário no lugar do concedente, pois o serviço é próprio do Estado, exercendo-o por delegação. Atendendo razões de oportunidade política, ao invés de gerir diretamente o serviço, o Estado o faz por intermédio do concessionário, havido como capaz de desempenhá-lo satisfatoriamente, o qual, afiança, mediante as cautelas julgadas necessárias, assim proceder. Há, na concessão, a outorga ao particular, do exercício de serviço público de competência do Estado. Portanto, tal outorga é, e não pode deixar de ser, condicional, temporal e pessoal. A concessão, na verdade, é um simples processo técnico de execução de serviço público, de acordo com as exigências dêste. O serviço público delegado, deve ter, como o serviço público levado a efeito pelo Estado, o objetivo principal de atender ao interesse coletivo, pois não seria admissível essa forma de exploração, se tal garantia não existisse.

15 — Ao concessionário são atribuídas as prerrogativas de exercer poderes peculiares aos entes políticos, necessários ao desempenho do serviço e de cobrar taxas, denominadas tarifas, dos usuários, como contraprestação dos serviços a êles fornecidos, tudo na forma e condições em que foram outorgadas essas faculdades.

16 — Pelo fato de incumbir o concedente ao concessionário da execução de um serviço público e, mais, dêste aceitar tal incumbência, nascem dêsse ato jurídico — concessão de serviço público — direitos e obrigações recíprocos. Assim, cabe ao concessionário o direito de executar o serviço público, assegurada a seu favor uma equação financeira estabelecida por ocasião da outorga da concessão e cabe ao concedente o direito de obrigar o concessionário a executar

o serviço público, no interesse da coletividade, segundo organização e funcionamento mais convenientes para se atingir tal fim.

17 — Mas, o fato de criar direitos e obrigações, não constitui característico suficiente para extremá-la de outros institutos jurídicos de cujos atos decorrem também, direitos para as partes, e não só direitos como obrigações.

Por não atentarem nisso, há autores que sentem dificuldades em especificar a concessão, distinguindo-a de outros institutos jurídicos, estabelecendo nesse terreno, verdadeira balbúrdia, dando conceito genérico ao instituto da concessão, dentro do qual cabem vários atos jurídicos que não devem ser compreendidos.

Os autores franceses e alemães oferecem noção mais restrita da concessão, pois a distinguem, apenas, em concessão de uso, obras e serviços públicos, ao passo que os italianos e alguns espanhóis nela incluem, entre outras, a concessão de prêmios, de função pública e de "status" jurídico.

No presente estudo só nos interessa a concessão de serviços públicos e neste sentido tal expressão vem empregada.

Capítulo III

DA NATUREZA DOS ATOS JURÍDICOS

18 — A elaboração de regras jurídicas, com a conseqüente criação de situações jurídicas pressupõe a prática de atos pelas pessoas de direito e havidos, portanto, como atos jurídicos, os quais consistem em manifestação de vontade daquelas pessoas, acarretando modificações diretas ou simplesmente declarações no ordenamento jurídico existente, para satisfação de determinados interesses, pela formação de relações jurídicas.

Logo, o ato jurídico é manifestação de vontade, que, solicitada pelos motivos, delibera, ante a concepção e execução de certo assunto, para satisfação de determinado interesse. E' formado tendo em vista as causas que influem na exteriorização de qualquer ato das pessoas, a saber: causa eficiente, que é o sujeito manifestante da vontade, causa final, que é a meta pela qual o ato solicitado pelos motivos foi praticado, causa material, que é o bem, coisa ou prestação, objeto do ato, e causa formal, que é o modo pelo qual o bem, coisa ou prestação se constitui objeto do ato, isto é, se torna o conteúdo da regra jurídica. As causas formal e material são elementos intrínsecos do ato jurídico, enquanto que as causas eficiente e final são elementos extrínsecos do ato jurídico.

Todo ato jurídico pressupõe sujeito capaz, objeto possível, conteúdo legítimo e fim adequado do agente e do próprio ato.

19 — A classificação dos atos jurídicos pode ser feita tendo em vista a relação jurídica em si ou tomando em consideração os efeitos dela decorrentes.

20 — Os atos jurídicos em si se dividem em atenção aos elementos intrínsecos, causas material e formal, ou melhor, ao objeto e ao conteúdo da relação jurídica ou em atenção aos elementos extrínsecos, causas eficiente e final, ou melhor, à vontade das pessoas jurídicas, físicas ou coletivas que integram a formação de relação jurídica e a meta que visam alcançar e constitui motivo, portanto, da relação jurídica.

21 — As regras jurídicas, em relação às causas intrínsecas, compreendem o objeto e o conteúdo dos atos jurídicos, pelo qual produzem determinado efeito, ocasionando modificações no ordenamento jurídico existente e a conseqüente produção de determinada situação jurídica.

Essas alterações podem dizer respeito a preceitos objetivos ou subjetivos, isto é, a preceitos de caráter geral e impessoal ou especial e pessoal, que como elementos constituidores de dado ordenamento jurídico acarretam imediatamente a criação de situações jurídicas correspondentes a êles, ou, podem dizer respeito, simplesmente, à atribuição de preceitos objetivos, não aplicáveis de “*motu proprio*”, a determinadas pessoas, criando a favor delas situações jurídicas também objetivas. Assim, considerando-se as regras jurídicas em relação às causas intrínsecas, os atos jurídicos se dividem em atos objetivos, atos subjetivos e atos-condição.

O ato objetivo é o que formula regras de direito geral e impessoal e permite o estabelecimento, em conseqüência, de situações jurídicas gerais e impessoais, ambas de caráter abstrato. O ato subjetivo é o que formula regras de direito especial e pessoal e estabelece, conseqüentemente, situações especiais e pessoais, ambas de caráter concreto. O ato-condição é o que atribui às regras objetivas, não executáveis de pleno direito, situações objetivas, tornando assim aplicáveis as regras objetivas pelo investimento de determinadas pessoas a situações objetivas decorrentes daquelas. Portanto, mediante ato de extensão especial e pessoal se estabelece aplicação de regras gerais e impessoais e a conseqüente criação de situações jurídicas correspondentes para determinados sujeitos de direito, pela particularização de tais regras abstratas.

O exemplo clássico de ato objetivo é a lei. Mas há outros atos objetivos, tais como os estatutos das sociedades privadas, que estão, com referência aos seus associados, na posição da lei, propriamente dita, com referência aos súditos de dada entidade política.

Caraterístico de ato subjetivo é o contrato, cuja aplicação muito grande no direito civil e comercial fez com que se pensasse constituir instituto alheio ao direito administrativo. Porém há contratos de direito internacional e administrativo lavrados entre as entidades políticas entre si ou firmado entre entidades políticas e particulares. Como à lei do direito civil e comercial se chamou de convenção e estatuto, ao contrato de direito internacional e administrativo se denominou tratado e acôrdo.

A natureza das coisas, entretanto, se não altera pela mudança de nome.

O tipo de figura jurídica que explica o ato-condição é o casamento. Mediante acôrdo de ambas as partes, se institui a família nos termos da legislação em vigor, isto é, nos moldes traçados pelo ato objetivo que regula a matéria, cuja aplicação aos cônjuges se dá pelo ato-condição do casamento. Outro exemplo é a nomeação dos funcionários, que pelo acôrdo de ambas as partes, governantes e particular, determinada pessoa se investe em cargo público, para agir em nome e por conta do Estado, na participação da atividade dêle de realizar o bem comum da sua população, tudo conforme os textos legais imperantes, isto é, nos moldes traçados pelo ato objetivo que regula a matéria, cuja aplicação a certo particular se dá pelo ato-condição da nomeação.

22 — As regras jurídicas, em atenção às causas extrínsecas, compreendem o agente manifestante da vontade e a meta que se procura alcançar e, porisso, dá aso àquela manifestação. A manifestação da vontade do agente tendo em vista determinado fim pode ser unilateral ou convencional.

A manifestação unilateral é singular, quando formada pela vontade de uma só pessoa, e plural quando formada pela vontade de várias pessoas. Em ambos os atos unilaterais, singular e plural, a vontade, como é óbvio, deve deliberar, solicitada pela mesma causa final. Na hipótese do ato unilateral singular, o interesse é uno e na de ato unilateral plural deve ser idêntico, isto é, cumpre haver conjugação de interesses, e, por conseguinte, as causas material e formal, também, não podem ser diversas.

A manifestação convencional é aquela formada pela vontade de dois agentes ou grupo dêles que concorrem para a integração do ato, pelo acôrdo entre êles estabelecido para satisfação de interesses opostos. A oposição pode existir apenas quanto ao fim do ato, sendo idênticas as causas intrínsecas dela, mas pode existir, ainda, não só quanto ao fim, como, também, o chamado ato-união, ato recíproco ou ato-acôrdo e, no segundo, temos a figura conhecida do contrato.

Como exemplo de manifestação unilateral singular, está o testamento e como exemplo de manifestação unilateral plural está a lei

nos regimes democráticos, elaborada pelas Câmaras e Ministérios e promulgada pelo Chefe da Nação. A figura típica de ato-união é o casamento, cujo objeto e conteúdo, isto é, causas material e formal, são idênticos para ambos, a saber: constituição de certa família, embora possa ter sido levado a efeito por interesses diversos, ou seja por fins diferentes "verbi gratia": a mulher para obter amparo moral e o homem para consolidar situação financeira. Como tipo de contrato, salientamos a compra e venda, pelo qual o comprador quer o objeto comprado nos termos do conteúdo estabelecido na relação jurídica, e o vendedor quer o preço do objeto vendido nos termos, também, do conteúdo estabelecido na relação jurídica, e querem êsses bens para a satisfação de interesses díspares, como sejam para utilizar-se do objeto comprado em deleite pessoal e para empregar o preço do objeto na ampliação da sua indústria.

Embora aparentemente possa parecer inexistir interesse na indagação da causa final das relações jurídicas, estudando-se mais a fundo o problema, se verifica o interesse geral em se descobrir a causa final da vontade de cada um dos sujeitos da relação jurídica, bem como do próprio instituto jurídico. Pois, só pela sua apuração se pode verificar se houve, ou não, abuso no exercício do direito por uma das partes integrantes da relação jurídica, discutindo-se, segundo a concepção subjetiva, a ocorrência da má fé no seu desempenho, com intuito de prejudicar a outrem, ou segundo concepção objetiva, a ocorrência de desvio do seu fim, pelo seu emprêgo irregular e anormal, mesmo quando inexistente a má fé, desde que prejudicou a terceiro sem apreciável proveito para o sujeito ativo.

O ato objetivo é de natureza simples e se apresenta na produção do direito a que se propõe de forma pura. Já o ato-condição pressupõe ato-objetivo que êle particulariza. E no ato-subjetivo a complexidade é maior, pois que, além das regras pessoais e especiais que o caracterizam, êle traz, sempre, em seu bojo, como complemento, certas regras impessoais e gerais, particularizadas por ato-condição. Assim, além da situação jurídica especial e pessoal, êle envolve situação jurídica geral e impessoal, isto é, além de poderes e deveres de ordem concreta, há os de caráter abstrato.

As regras objetivas permitem o estabelecimento de regras subjetivas dentro de certa medida apenas, pois, há princípios por ela considerados como de ordem pública e bons costumes que devem ser respeitados nos atos subjetivos, nos termos fixados pelos atos objetivos, ademais existem outras regras objetivas que têm aplicação na falta de regras subjetivas, como disposições supletivas. Por conseguinte, o campo de ação dos atos subjetivos se encontra limitado imperativamente por certas regras objetivas denominadas cogentes e

completado, subsidiariamente, por outras regras objetivas denominadas dispositivas.

Qualquer contrato, além das regras subjetivas que criam tal relação jurídica, compreende as regras objetivas imperativas, regendo obrigatoriamente toda relação contratual nos termos da legislação vigente, disciplinadora da matéria, e se completa por regras objetivas suplementares dispondo subsidiariamente, na falta de preceito contratual, sobre certos aspectos da aplicação de tal relação jurídica.

23 — Qualquer das modalidades das regras jurídicas, consideradas em si com referência ao seu objeto e conteúdo, isto é, os atos objetivos, subjetivos e condição, pode ser expressa por atos unilaterais, singular ou plural, pois, êstes têm aplicação genérica. Já com os atos convencionais se não dá a mesma cousa, visto que êles têm aplicação específica, assim, o ato-união só se manifesta como ato-condição, enquanto que o contrato só se exterioriza como ato subjetivo.

24 — Há atos unilaterais cuja manifestação da vontade fica subordinada à manifestação de outras vontades unilaterais, que constituem pressuposto ou condição suspensiva ou resolutiva daquela. Como, porém, essas vontades não se integram, constituem atos jurídicos independentes, e de forma alguma se confundem com ato unilateral plural ou com os atos convencionais: união e contrato. Nesta categoria podem ser mencionadas a admissão e autorização, em que ao ato da administração se pressupõe ato do administrado requerendo a efetivação dêles. Aquela consiste em ato administrativo vinculado pelo qual, reconhecidos no particular qualidades e requisitos prefixados, se lhe outorga fruição de serviço ou o uso de bem público, e esta em ato administrativo discricionário pelo qual se permite ao particular exercer atividade que a lei declara proibida, salvo assentimento em contrário da administração.

25 — Os atos jurídicos inferiores constituem, na verdade, execução de regras jurídicas superiores.

Essa execução se verifica pelo exame das escalas em que se encontram agrupadas as regras jurídicas. Os atos executivos são execuções de atos legislativos, como êstes o são de atos constitucionais. A execução material, entretanto, é o termo final da execução das regras jurídicas e o estágio último da sua concretização, pois, que as manifestações da vontade pressupõem, para sua efetivação, a prática de atos materiais que asseguram a realização do direito.

Essa execução, entretanto, pode ser levada a efeito não só para exteriorização última de atos regras pessoais e especiais de caráter concreto, como também de atos regras impessoais e gerais de caráter abstrato e sem passar por aquela situação, quer dizer, diretamente do máximo de abstração ao máximo de concretização.

A atividade material, quando elemento para execução dos atos jurídicos, é considerada, como êste, atividade de realização do direito, entrosando-se, como parte essencial das regras jurídicas, isto é, como fator indispensável para sua completa exteriorização. Êles são o cumprimento de poderes e deveres contidos nas situações jurídicas representantes das regras jurídicas. Assim, a realização do direito que se inicia com o fenômeno psicológico interno da sua concepção, termina com o fato físico externo da sua realização material.

26 — Os efeitos decorrentes dos atos jurídicos podem beneficiar, de forma direta, apenas a determinadas pessoas, particularmente, por elas visados ou estender as suas vantagens, indeterminadamente, às pessoas que compõem certa coletividade. Assim, envolvem atos de caráter particular, cujo objetivo é satisfazer imediatamente os interesses das pessoas em jogo ou atos de caráter coletivo cuja preocupação imediata é a de defender os interesses dos integrantes da comunidade social. Aquêles são próprios nos indivíduos e êstes são peculiares dos entes políticos.

Em consideração, portanto, às partes beneficiadas pela relação jurídica, referente esta particularmente ao sujeito ativo e passivo ou à coletividade, independe das pessoas que integram o ato jurídico, as regras jurídicas se dividem em públicas e privadas. Públicas são as relações jurídicas das entidades políticas entre si ou delas com os particulares, tendo em vista imediatamente o bem comum da população e mediatamente, apenas, o bem individual das partes relacionadas, relações cujo fim é a realização da justiça geral, mediante o emprêgo, se preciso, de método de constrangimento, ou melhor, de processo de autoridade, que constitui, afinal, o elemento próprio do Estado para consecução da sua razão de ser. Privadas são as relações jurídicas de particulares entre si ou dêles com as entidades políticas, tendo em vista imediatamente o bem individual das partes relacionadas e mediatamente, apenas, o bem comum, da população, relações cujo fim é a realização da justiça comutativa e, por conseguinte, mediante o exercício de poderes iguais ou equivalentes em processos de economia própria, para satisfação dos seus interesses peculiares.

De um direito público pode irradiar-se faculdades de direito público e de direito privado, segundo os interesses que são protegidos pela ordem jurídica.

A organização e funcionamento de um serviço público, exercido por terceiro, são condicionados ao interesse público, pois, o concessionário é um simples delegado do concedente. Destarte ao concessionário se faculta o exercício de poderes peculiares nos entes públicos para efeito de atingir a realização do serviço concedido, na sua organização e funcionamento.

Por outro lado, pelo ato público da concessão, se assegura ao concessionário, muita vez, a prerrogativa de exercer atividade comercial relacionada ao objeto da concessão, tal seja a de venda de fogões por concessionário de serviço de fornecimento de gaz. Ora, as relações entre êle e terceiros no desempenho de tais atividades comerciais se regem pelos princípios do direito privado.

Capítulo IV

DA NATUREZA DO ATO JURÍDICO — CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

§ 1.º — *Considerações Preliminares*

27 — A natureza jurídica da concessão de serviço público tem sido objeto das mais vivas polêmicas, e, até hoje, os autores discutem o assunto, sem haverem conseguido harmonizar as opiniões divergentes. A dissídia é de tal monta que o debate começa quando se procura catalogar as correntes doutrinárias dominantes, atendendo-se às afinidades essenciais das opiniões emitidas na matéria.

A classificação dessas doutrinas se pode fazer, tendo em vista o critério histórico do seu aparecimento ou tendo em atenção classificação sistemática dos seus elementos fundamentais. A classificação sistemática satisfaz melhor a exposição científica da matéria, porquanto considera no agrupamento das doutrinas básicas para a sua enunciação razões lógicas. Entretanto, nada impede, e, de certo modo, até é aconselhável, que, após a separação das correntes mesmas, se faça, dentro de cada grupo, a exposição das teorias, cogitando-se da ordem cronológica do seu surgimento no cenário jurídico.

28 — Considerando que a concessão é ato jurídico, cuja manifestação é ato de vontade, considerando, ainda, que os atos jurídicos, sendo manifestação da vontade têm determinado conteúdo, e, considerando, finalmente, que, pelo conteúdo os atos jurídicos se dividem em unilaterais e convencionais, podendo-se pela combinação de ambos, formarem-se, ainda, os atos de caráter complexo, separamos as correntes sobre a natureza jurídica de concessão de serviço público em três categorias fundamentais: 1) doutrinas unilaterais, 2) doutrinas contratuais, 3) doutrinas complexas.

29 — Os autores das teorias catalogadas na primeira corrente doutrinária dão maior importância à autoridade do Estado, ao passo que os autores das teorias catalogadas na segunda corrente doutrinária conferem maior deferência à liberdade do particular enquanto que os adeptos das teorias da última corrente doutrinária procuram

conciliar a soberania do Estado com a autonomia do particular. Assim, as propostas para solução da questão se prendem, no fundo, a posições autoritárias ou libertárias, ou, estão, em tentativa de possível harmonia entre elas.

Na primeira categoria doutrinária, há quatro teorias a se considerarem: a) do ato unilateral impôsto pelo poder público; b) a do ato unilateral do concedente admitido pelo concessionário, a princípio como condição resolutiva e depois suspensiva; c) a dos dois atos unilaterais: do concedente e do concessionário; d) a do ato unilateral plural perfeito, pela simples manifestação conjunta da vontade do concedente e concessionário.

Na segunda categoria doutrinária, também, existem quatro teorias a serem examinadas: a) a do contrato de direito privado, entre concedente e concessionário; b) a do ato administrativo do concedente e conseqüente contrato de direito privado entre êle e o concessionário; c) a do contrato de direito misto: público e privado, acordado entre concedente e concessionário; d) a do contrato de direito público, entabulado entre concedente e concessionário.

Na terceira categoria doutrinária, finalmente, se encontram três teorias fundamentais: a) a do ato unilateral do concedente com contrato complementar anexo entre êste e o concessionário, regendo o aspecto patrimonial do negócio; b) a do contrato entre concedente e concessionário, com ato unilateral daquele, dispondo sôbre a organização e funcionamento do serviço; c) a do ato-união, entre concedente e concessionário, estabelecendo a concessão, completado pelo ato unilateral do concedente, regendo a organização funcionamento do serviço, e contrato, entre êle e o concessionário, dispondo sôbre o aspecto patrimonial do negócio.

§ 2.º — As teorias unilaterais:

30 — Os prosélitos das teorias unilaterais entendem que a concessão se institui por ato do poder público, isto é, por simples manifestação de vontade do concedente. A vontade do concessionário pode ser admitida, apenas, como ato complementar da concessão, sendo preponderante a vontade emanada do ato da administração. Êste outorga o serviço público dentro de determinada forma e para ser exercido nos moldes e condições por êle fixada, aquêlê, quando muito, aquiesce sôbre o exercício do serviço, tendo em vista vantagens econômicas que pode obter da sua exploração.

31 — A princípio sustentou-se que ela decorria de simples ato de império e dada a posição preponderante do ato de autoridade, ficava o concessionário a êle vinculado, independentemente de qualquer manifestação de vontade, pró ou contra, em assumir as res-

ponsabilidades do serviço, impostas pelo concedente. Em consequência, o ato da concessão gerava, apenas, obrigações do concessionário para com o concedente sem lhe conferir qualquer direito. Trata-se de teoria baseada em concepção autoritária do Estado e, por isso, havida como teoria política. Afirmavam que cumpria a todos os particulares, prestar serviços ao Estado, no interesse da coletividade, quando não conviesse ao poder público prestá-lo diretamente.

Ao concessionário não seria, portanto, permitido o reclamar cousa alguma, nem mesmo pedir qualquer indenização por alteração superveniente no regime da concessão determinada pelo concedente, porque o poder público, transformando, restringindo ou revogando a concessão, sempre age no exercício do direito de soberania que lhe deve ser reconhecido, para, no seu alvedrio, dispor das concessões de serviço público. É a teoria da coação legal.

32 — Posteriormente, atendendo ao fato de que o Estado jamais impõe a quem quer que seja a concessão de serviço público, constituindo, portanto, a teoria política da coação legal simples especulação no ar, sem base na realidade, facilmente conseguimos, independente de quaisquer requisições, atendendo, ainda, a que nos Estados de Direito, não é lícito se exija sômente de determinadas pessoas o exercício de certa atividade, prescrevendo normas restritivas a alguns particulares, sendo, apenas, admissível se editem preceitos de polícia, de ordem geral, amoldando o exercício das liberdades, tanto no interesse da coletividade como no do próprio Estado, — conclui-se que, para que o ato administrativo unilateral do concedente produza os seus efeitos, há necessidade de assentimento do concessionário, o que constitui condição de eficácia do ato.

A vontade do particular, pressuposto do ato unilateral, tem o alcance, conseqüentemente, de impedir que o ato de concessão produza os seus efeitos, isto é, tem função negativa. Ela consiste em mera condição resolutiva do negócio jurídico. Assim, não lhe dá vida; apenas se liga ou desliga pela aceitação tácita ou renúncia explícita.

Embora a vontade do concessionário não seja elemento constituidor do negócio jurídico, o qual é havido como criado, pela manifestação unilateral do poder público se reconhece ser a aquiescência do concessionário elemento para que tal negócio produza seus efeitos, oferecendo por essa sujeição voluntária, a condição conveniente a isso como elemento formal para a eficácia do ato unilateral do poder público. Assim, salvo disposição expressa em contrário, a data da concessão é a do ato unilateral do poder público, outorgando a concessão. É a concepção da submissão voluntária, na teoria do ato unilateral admitido.

33 — Concordando em que na concessão o concedente não impõe obrigações ao concessionário, no exercício de ato de império, pois, nessa relação jurídica este não se encontra em face daquele na posição de súdito e sim em estado de liberdade e, mais, que, para a eficácia do instituto jurídico, senão mesmo para a sua validade, é indispensável a manifestação autônoma da vontade do concessionário, entendem outros que a fonte geradora da concessão, decorre da manifestação de ambas as vontades: do concedente e do concessionário.

A vontade do concessionário não deve ser havida, entretanto, como tendo simples função negativa, consistente em submissão voluntária ao ato administrativo, porém como elemento positivo e de interferência ativa na concessão. Assim aparecem em tal instituto dois negócios jurídicos, com vida própria, si bem que não simultâneos: de um lado, manifestação da vontade do concedente, por ato administrativo; do outro manifestação da vontade do concessionário por ato privado ou público, segundo este seja pessoa de direito privado ou público, isto é, particular ou autarquia, institucional ou territorial.

Os atos do concedente e concessionário se encontram, na frase dos adeptos dessa teoria, ligados entre si, sendo que o ato do concedente constitui a causa da obrigação do concessionário e o ato deste, condição de emanção do ato administrativo, quando lhe precede e condição da sua eficácia ou mesmo, da sua validade, quando lhe sucede.

Apesar de intimamente compenetradas, essas duas declarações de vontade não se integram em um único negócio jurídico, permanecendo como dois negócios jurídicos aparte, embora ligados entre si, dada a diversidade de natureza das pessoas que os produzem e o fim dos atos de cada qual. É a teoria dos dois atos unilaterais.

34 — Uma vez que a manifestação de vontade do concessionário constitui simples condição da concessão, não deve ser havida como negócio jurídico, aparte do ato unilateral do poder público que a confere, pois, a manifestação da vontade do concessionário, aquiescendo na delegação de serviço público, não intervém diretamente na elaboração da relação jurídica, criando, conjuntamente com a manifestação do ato do concedente, a figura jurídica da concessão. Simplesmente não se opõe a tal situação e antes concorda com ela. De certo modo, corre o risco de se ver entre os adeptos das teorias convencionais, quem pretenda que para surgimento de relação jurídica se faz mister dois atos unilaterais como partes integrantes necessárias.

O que se deve sustentar é que o ato do concessionário constitui condição suspensiva da eficácia ou, mesmo, da validade do con-

cedente para surgir a concessão e não condição resolutiva, mas sendo certo que a parte geradora da concessão é o ato do poder público. Assim, a manifestação de vontade do concessionário será fator formal, mas de ordem essencial, jamais acidental como se afirmara, para a perfeição do ato. Portanto, a menos que exista disposição expressa em contrário, a data da concessão é a do ato de aceitação, pelo concessionário, da outorga que lhe foi feita. Eis a teoria do ato admitido em seu último estágio de evolução, aproveitados os subsídios que lhe fornece a teoria dos dois atos unilaterais. Constitui a concepção dominante entre os adeptos das teorias unilaterais. É a concepção da vontade necessária como condição para a concessão de teoria do ato admitido.

35 — Houve ainda, quem sustentasse ser a concessão formada por dois atos unilaterais, respectivamente, do concedente e concessionário, que se fundem, entretanto, em um único negócio jurídico, constituindo ato unilateral, visto que ambas as vontades se unem, na constituição de um instituto jurídico cujo objetivo é o de realização de serviço público, fim do ato jurídico e de ambas as vontades unilaterais que o compõem, as quais se integram com o propósito de alcançar essa finalidade de interesse público. É a teoria do ato unilateral plural. Não teve grande difusão tal doutrina e pode ser havida como a primeira etapa nas especulações de alguns autores, para chegarem posteriormente a arquitetar a teoria complexa do ato-união.

36 — Sendo a concessão ato jurídico do concedente e constituindo a aceitação dela pelo concessionário pressuposto da sua eficácia, declaram os adeptos das teorias unilaterais administrativas, ser óbvio que desse negócio jurídico, decorrem direitos e obrigações. As obrigações emanadas do ato administrativo da concessão, podem ser, em qualquer época, regulamentadas pelo concedente, modificando-se mesmo, por ato próprio, o seu conteúdo. Os direitos dizem respeito ao aspecto patrimonial previsto no ato administrativo da concessão e aos elementos necessários para o concessionário levar a termo o serviço delegado. Ressalvado o equilíbrio financeiro do concessionário e outorgados os elementos necessários para exercício das suas atividades, tudo mais cabe ao concedente dispor livremente.

§ 3.º — As teorias contratuais.

37 — O instituto jurídico da concessão, para os adeptos das doutrinas contratuais, surge de um acôrdo entre o Estado e o particular, cujas vontades se integram como elementos necessários, para que esse acôrdo produza os seus efeitos: Aquêlê entrega ao particular

a execução de serviço público que só por êle poderia ser exercido antes do ato da delegação. Êste recebe o encargo de desempenhar serviço público no interesse da coletividade.

Há por conseguinte, fusão de vontades que gera relação jurídica contratual de direitos e obrigações recíprocos. Concedente e concessionário são, portanto, mutuamente credores e devedores de prestações em virtude de acôrdo feito sobre execução de serviço público, sob determinada forma e certas condições, o que estabelece entre êles contrato oneroso sinalagmático e comutativo.

38 — A princípio se entendeu que essa relação jurídica era de direito privado, sob a alegação de que o Estado, quando contrata com o particular, a êste se equipara, saindo assim, da esfera do direito público, para entrar no campo do direito privado, e, porisso, os vínculos estabelecidos se regem pelas normas do direito comum. Sustentou-se, enfim, que o contrato é a figura típica do direito privado como o tratado é instituto por excelência, do direito público. É a chamada teoria civilista, a qual, ao definir a figura jurídica da concessão, se apresenta sob vários matizes e vai, desde os que acharam que tal contrato de direito privado importava na transferência de um direito real do Estado para o particular, até os que reconheceram nêle simples criação de obrigação pessoal. Dada a dificuldade de se enquadrar a concessão em qualquer das modalidades contratuais previstas pelos códigos civis, mas, entendendo-se que êsse instituto só surge do acôrdo entre o Estado e o particular e que o contrato é figura peculiar do direito privado, passou-se a designá-la com contrato "sui generis" de direito civil ou como contrato inominado.

39 — Reconhecendo que jamais os preceitos de direito privado, poderão reger a organização e funcionamento do serviço público e sequer o exercício de poderes que tal atividade pressupõe, os quais são delegados pelo concedente ao concessionário, como os de polícia na esfera do serviço concedido e os de desapropriação de bens necessários a se integrarem no patrimônio da empresa concessionária para melhor consecussão de seu programa de ação e, ainda, a percepção de taxas como contra prestação de serviço oferecido a terceiro, — houve autores que observaram ter a concessão a sua origem em ato de império resultante de complexo procedimento administrativo, isto é, ato administrativo unilateral, completado, no entanto, por ato de gestão, quer dizer, contrato de direito privado.

Ambos os momentos, entretanto, se integram para êles em um só ato para perfeição da concessão e se vinculam com direitos e obrigações recíprocas, previstos pelo ato da autoridade e concretizados no contrato adjecto, o qual altera a índole do ato unilateral e con-

ciliando os interesses coletivos e individuais faz com que a concessão se regule pelo critério da justiça comutativa. Surgiu assim a teoria mista do ato-contrato.

40 — Outros autores verificaram que, embora a concessão derive de ato de autoridade, êste, como reconhecem os expositores da teoria do ato-contrato, se reduz ao contrato, e só nasce com a perfeição do acôrdo de vontades. Portanto, o ato administrativo unilateral, na verdade, deve ser havido como manifestação da vontade do poder público que, fundindo-se com a vontade dos particulares no contrato de direito privado, disciplina relações jurídicas, obrigando as partes e lhes conferindo direitos. Logo não há ato-contrato, mas simplesmente contrato. Porém, como o objeto dêsse contrato tem a sua parte inicial em ato de império do concedente cuja manifestação de vontade entrega ao concessionário poderes que refulgem do campo do direito privado e ainda como o objeto mesmo da concessão envolve normas de direito público relativa à organização e ao funcionamento do serviço, subordinadas à regência dos princípios afetos a êste ramo do direito, sustentaram que o contrato de concessão participa da influência do direito público.

Ponderando entretanto, que o contrato é instituto de direito privado, para regulamentar relações de utilidade econômica, mas atendendo por sua vez ser a utilidade pública, o motivo primeiro que fundamenta tais relações e considerando, afinal, que a evolução do direito vem rompendo com a rigorosa distinção entre o direito público e privado com campos estanques de atividade e limites próprios de ação, pois que, as relações jurídicas hoje em dia dependem mutuamente da soberania do Estado e da autonomia dos particulares, interessando de forma recíproca a êles, arrematam que na verdade o ato de concessão deve ser havido como misto, não estabelecendo todavia, um ato-contrato mas um contrato de direito misto, público e privado.

41 — Embora se aceite a título de argumentação, se não tenha estabelecido princípio de caráter abstrato geral, distinguido de forma absolutamente satisfatória os dois ramos fundamentais do direito: público e privado, e se reconheça, ainda, a unidade científica do saber jurídico, — fôrça é convir abrangem aquêles ramos fundamentais do direito situações diversas e permitem se prefigure regime diferente, formando duas províncias nítidas nos trabalhos especulativos e práticos. E daí concluem os modernos contratualistas pelo absurdo da sustentação de um contrato misto, o que implicaria em se criar, em vez de se abolir, como dizem os seus adeptos, a distinção entre o direito público e privado, terceira categoria de direito misto. Inovação, aliás, sem fundamento lógico, por não saberem os seus pró-

prios inventores qual o conteúdo, composto de elementos dos outros dois. No fundo, até há verdadeira contradição de termos, pois, se os dois ramos do direito não se distinguem a ponto de desaparecerem as dúvidas, como admitir terceiro ramo, misto, formado de elementos próprios de cada um dos outros dois, e misto, justamente, por envolver nas suas relações elementos peculiares de cada um deles? Ora, se os outros têm elementos peculiares e se a relação acentua bem preceitos próprios de cada um daqueles ramos de direito, é por que se distinguem perfeitamente, apesar de não se haver encontrado (admita-se para discutir), regra geral satisfatória, que enuncie, de modo justo, essa distinção, bem percebida pela intuição jurídica.

Entendem que o erro da concepção provém de duas razões fundamentais: a) suposição de que o contrato seja figura exclusiva do direito privado; b) defeituosa interpretação do fato de, nas relações do direito público, existirem preceitos iguais ou semelhantes aos das relações de direito privado.

Uma vez que o contrato pode ser conceituado pelos seus característicos essenciais, de forma a distinguí-lo de outras figuras de atos jurídicos, e já se chegou a uma classificação satisfatória destes, não é crível se pretenda circunscrever aquêle ao direito privado, como instituto próprio de tal ramo do saber jurídico. O contrato, em si, não é figura peculiar nem do direito privado nem do direito público, mas uma das classes fundamentais de ato jurídico, cujos contornos abstratos e gerais são fornecidos pela teoria geral do Direito, ao proceder à classificação sistemática dos atos jurídicos.

Se a ciência jurídica não houvesse estabelecido o conceito do contrato e não o houvesse ainda sistematizado como uma das classes fundamentais de atos jurídicos, mas, apenas, conhecesse figuras típicas de contratos definidos pelos seus característicos especiais, fixados em requisitos essenciais que os conceituavam, então, só seriam admissíveis as figuras de contrato estritamente previstas e cada relação jurídica contratual necessariamente cumpria se amoldar a um dos tipos padrões. E se esses tipos padrões só fossem previstos no direito privado, então, seria sustentável a tese de que o contrato era figura de direito privado e se justificaria o trabalho, aliás, impróprio, dos doutrinários, de enquadrar os acordos de vontade, gerando direitos e obrigações recíprocas, em qualquer dos tipos padrões preestabelecidos.

A inteligência humana, porém, não se satisfaz com as soluções práticas em que os casos são resolvidos atendendo a razões puramente pragmáticas, ela, também, tem preocupações especulativas e visa a retirar, da série de casos concretos observados, conceitos gerais,

ordenando o seu saber. Assim, na ciência jurídica, além das hipóteses, há as teses.

Portanto, onde há acôrdo de vontades gerando relações jurídicas opostas, surge a figura do contrato. E tal se dá, tanto no direito privado, civil e comercial, como no direito público, interno e externo. Na esfera externa ou internacional, contratam os Estados entre si e com outras pessoas jurídicas, físicas e coletivas, na interna ou nacional, também, o Estado e as pessoas jurídicas de direito público, que são seus desmembramentos, seja por descentralização territorial ou por descentralização de serviços, as quais constituem entes autárquicos, contratam entre si e com os particulares, realizando acordos de vontade que os vinculam a relações jurídicas do mesmo gênero das firmadas entre particulares, exclusivamente, nas suas relações recíprocas civis ou comerciais. Na primeira hipótese temos contratos de direito público, interno ou externo, e, na segunda, contratos de direito privado, civil ou comercial.

Por se encontrar no direito público normas iguais ou semelhantes às de direito privado não se pode pretender, em absoluto, que as regras dêste estão sendo empregadas em relações daquele, pois, o fato de distinguir-se a ciência jurídica em dois ramos fundamentais não implica em exigir-se que êles tenham regras exclusivas. E, assim, se não deve conceituar como sendo de relação mista de direito público e privado, àquêles em que concorrem preceitos havidos como próprios de cada um, por se encontrarem, em geral, classificadas, nas relações jurídicas, como dêste ou daquele ramos.

O direito público, como o direito privado, são ramos da ciência jurídica, e, por isso, as relações de ambos devem ir procurar no tronco de onde descendem as normas para regência dos seus institutos. Nada há de estranhável que, em muitas relações de direito público existam regras que se encontram em relações de direito privado, visto que situações iguais ou semelhantes devem ser reguladas por preceitos iguais ou semelhantes. Atribui-se ao direito privado muitas normas, porque se verificou ter sido empregado em primeiro lugar nas relações entre particulares, mas essa circunstância não constitui base sólida para disciplinar-se o ato jurídico abstrato, que serve de "substratum" do instituto concreto, como pertinente ao direito privado, mas a regra que permite essa relação, em princípio, não pertence privativamente a êste ou àquêle ramo, mas ao direito em geral. Se a relação proposta visa reger relações entre entes públicos, entre si ou entre êstes particulares, na consecução de finalidades coletivas, ela é de direito público; se, ao contrário, rege relações entre particulares ou entre êstes e entes públicos, na realização de finalidades particulares, é de direito privado.

Assim, sendo, a concessão de serviço público um ato jurídico pelo qual o poder público se despoja de atribuição que lhe é peculiar e a confere a terceiro, no intuito de melhor atender ao interesse coletivo e não ao das partes em jogo, é de considerar-se que o acôrdo de vontades havido, vinculando as partes em direitos e obrigações recíprocas é de direito público. Ao invés do Estado descer ao plano do direito privado, como querem os adeptos da teoria civilista, é de se pretender que o particular ascenda à esfera do direito público, para contratar com o poder público. Presentemente, entre os contratualistas, a teoria dominante é a do contrato de direito público.

§ 4.º — *Discussão das doutrinas unilaterais e contratuais.*

42 — Embora a natureza jurídica da concessão venha sendo objeto de grande debate entre os mestres, eles reconhecem, presentemente, que ela deve ser regida pelos princípios de direito administrativo. Estão em absoluto descrédito as concessões que respectivamente, ficavam adstritas aos princípios de direito civil ou eram regidas pelas normas de direito político. Assim, constituem mera reminiscência histórica as teorias de concessão como contrato de direito privado e como ato de coação legal.

43 — Conceituando a concessão como ato unilateral do poder público, os partidários desta corrente doutrinária esbarram em sérios entraves, ao contrário do que acontece aos publicistas que sustentam as teorias contratuais, quando procuram explicar as conseqüências da doutrina, com relação aos vínculos entre concedente e concessionário, ou melhor, aos direitos e obrigações recíprocos. Por sua vez, os defensores das teorias contratuais ficam em verdadeiro impasse para justificar a regulamentação da organização e funcionamento do serviço pelo concedente.

Entretanto, — afora os partidários das teorias privatistas que sustentam ficam as partes contratantes prêsas aos dispositivos rígidos das cláusulas expressas do contrato, e estabelecem que as normas atinentes à concessão são exclusivamente as prescritas por ele e dêle constantes —, os adeptos de tôdas as outras teorias não só unilateralistas, como, mesmo, contratualistas, salvo o pronunciamento contraditório de certos autores, admitem a regulamentação da concessão pelo concedente, uma vez resguardada a estabilidade financeira do concessionário, sob o fundamento de ser ela regida pelos princípios de direito administrativo e estar instituída para satisfação de interesse público. Por sua vez, excetuados os paladinos das teorias da coação legal, tôdas as outras teorias, tanto contratualistas como unilateralistas, admitem que da concessão surgem direitos e obrigações recíprocos às partes: concedente e concessionário. Os contratualistas

fundamentam tais direitos e obrigações no contrato e os unilateralistas no argumento de que a relação é formada de atos jurídicos.

A concessão, embora outorgada por ato unilateral do concedente, tem a sua eficácia condicional à vontade do concessionário, a qual se manifesta pró ou contra, segundo as suas conveniências, tendo em vista as vantagens econômicas que pela execução do serviço lhe são asseguradas pelo ato unilateral. Assim, a aceitação gira a favor do concessionário os direitos de ordem patrimonial oferecidos pelo concedente. Trata-se de ato jurídico do qual emanam direitos e obrigações, assegurando-se as posições das partes nêle envolvidas.

44 — Entendem os contratualistas que se o concessionário não se acha em posição de inferioridade em relação ao concedente e se lhe reconhece que a manifestação livre da sua vontade constitui elemento indispensável para validade, ou, ao menos, eficácia da concessão sendo que a efetivação dos direitos e obrigações do concessionário para o concedente depende da sua declaração, como, também, a dos direitos e obrigações dêste para aquêle, depende, também de sua declaração — é porque as vontades de ambos se integram, assumindo direitos e obrigações recíprocas, mediante o consenso contratual.

Não padece dúvida que, concluem eles, dois consentimentos, por si sós, não são elementos suficientes para gerar contrato, mas se eles se fundem pela criação de deveres e obrigações recíprocos, vinculando as relações entre as partes temos, inegavelmente, a figura jurídica do contrato.

45 — Argumentam os unilateralistas ser impossível o contrato, dada a diversa natureza jurídica dos dois sujeitos na figura da concessão, pois, a constituição de um serviço público não pode ser formada por duas vontades que se contraponham com interesses divergentes, visto que êle é instituído para servir o interesse coletivo, e, assim, acima dos interesses das partes cumpre, sempre, se tenha como objetivo principal o interesse público.

O contrato, continuam, tem como sua função específica a troca de utilidades econômicas em regime de liberdade e igualdade, ao passo que a delegação do exercício de um serviço público tem por principal objeto o próprio serviço público, o qual está fora do comércio e por conseguinte não pode constituir objeto daquela relação jurídica. Em regra, o regime da concessão e em particular a organização e funcionamento do serviço público é ditado pelo concedente, com completa ausência de intromissão do concessionário, ao qual é, muitas vezes desconhecida a faculdade de discutir as normas da concessão, tanto na sua formação como na sua execução.

Atendendo-se finalmente a que o fim de qualquer serviço público é o de servir aos interesses da coletividade, não se pode desconhecer

o preceito máximo impôsto pela sua essência, isto é, a exigência de sua adaptação de forma a, cada vez mais, atingir o seu escopo e consequentemente o direito de o Estado determinar o seu aperfeiçoamento alterando as condições da sua exploração, sempre que julgado conveniente. Por haver delegado o exercício de determinado serviço público a terceiro ele não pode perder essa prerrogativa que é característica dele e nem a concessão do serviço se compreende tenha sido feita com outro objetivo que não o de servir o público satisfatoriamente. Logo, se o regime do serviço público está sujeito às regulamentações do poder público, a quem cumpre aquilatar as maneiras de como melhor resguardar o interesse coletivo, não se pode de forma alguma falar em contrato de concessão, pois, se este existisse, as cláusulas relativas à exploração do serviço não poderiam ser impostas e modificadas por uma das partes contratantes. De concluir, a concessão é ato unilateral do Estado.

46 — Replicam os contratualistas que para existir contrato se exige apenas sejam as partes pessoas capazes de direitos e obrigações, feito aquêle na forma legal e com objeto lícito. Por conseguinte não requer igualdade quanto à natureza das pessoas contratantes, sendo pois admissível perfaçam os particulares contratos com o Estado, os quais serão de direito público ou privado, conforme a regência do conteúdo dele, isto é, as obrigações estipuladas se refiram a este ou àquele ramo da ciência jurídica. Negar-se a possibilidade do Estado contratar com particulares sob o fundamento de serem estes de natureza diversa, é desconhecer a realidade das coisas, visto que quotidianamente assistimos a contratos administrativos de empréstimos, mediante emissão de títulos, e contratos civis de locação de imóveis, para instalação de repartições públicas, entre o Estado e particulares. Aliás, a essência das pessoas é diferente, quanto à natureza, mesmo no direito privado e daí classificarem-se em pessoas privadas, físicas e coletivas.

A expressão “coisa fora do comércio” significa a impossibilidade de constituir o bem, assim classificado, objeto de contrato, ou, melhor, significa ser ele inalienável. Mas, na concessão, não há alienação de serviço público, nem sobre ele se contrata, apenas o exercício de determinada função é delegada a terceiros, consistindo, portanto, em simples contrato sobre a forma de prestação de certa atividade com a consequente outorga dos poderes necessários para que ela se efetive. O serviço público a ser instituído, é a consequência simplesmente do contrato que regula exclusivamente o modo de seu exercício e confere os meios convenientes para isso. Aliás, a declaração de incomercialidade de certos bens e a proibição de serem alienados e consequentemente de serem objeto de comércio, visa obstar que se perfaçam relações jurídicas prejudiciais ou mesmo contrárias ao seu

destino. Não pretende, porém, impedir que se estabeleçam aquelas que estão em consonância com o destino desses bens e procurem lhes permitir o oferecimento de maiores utilidades e satisfação de melhores interesses. Nada impede por sua vez, dizem ainda, que em regra as cláusulas da concessão sejam prefixadas pelo concedente com absoluta ausência de ação do concessionário, ao qual é negada a liberdade de ajustar as condições do comércio. E isto porque, uma vez haja acordo de vontades sobre elas, seja acertando em comum as suas teses, seja apenas aderindo às bases formuladas por uma das partes, integrando-se a respeito das relações recíprocas, — há o contrato.

Finalmente, consideram que os serviços públicos se devem adaptar às novas condições sociais e se aperfeiçoar segundo as exigências públicas, entendendo que tal em nada prejudica o contrato, embora a regulamentação do serviço seja prescrita, à medida das necessidades, livremente, pelo concedente, na defesa do interesse público, visto como o contrato é de natureza pública (senão totalmente, ao menos, de forma parcial), sujeitando-se, na sua aplicação, a normas diferentes das dos contratos de direito privado. Aliás, se diversidade *material* não existisse entre os contratos públicos e privados, nada justificaria a distinção feita. Assim, desde que assegure a estabilidade patrimonial do concessionário, nada impede o Estado de exercer o seu império sobre a organização e funcionamento do serviço, pois, o contrato existiu *formalmente* para perfeição do acordo de vontades e continuará a existir enquanto o seu aspecto fundamental, isto é, de troca de utilidades econômicas, não for rompido ou burlado por uma das partes. O engano dos unilateralistas está em pretender que os contratos de direito público ou, ao menos, sujeitos a normas próprias do direito administrativo, se submetam, na sua vigência, às mesmas condições previstas para a execução dos contratos de direito privado. Ademais, se a expressão “contrato de direito misto” ou mesmo de “direito público” não satisfaz, que seja substituída pela de “ato bilateral”, no qual a vontade de duas partes acordes e opostas se integram assumindo direitos e obrigações recíprocos, relativos à execução de serviços públicos.

47 — Voltam à carga os unilateralistas afirmando que se não nega a possibilidade de contrato entre o Estado e o particular, mas se nega a possibilidade de existir contrato na concessão, porque a natureza diversa das pessoas com relação ao instituto não permite que se ajustem as duas vontades, em contrato, cujo objeto é o de satisfazer interesses divergentes e, no caso, o que se procura é exatamente e conjugação das vontades para satisfazer interesses convergentes — o bem da coletividade na instituição de um serviço público.

Demais, não é verdade que o serviço não seja objeto de concessão e somente o seja a maneira de seu exercício, pois, pela concessão se estabelece, na verdade, a instituição de um serviço público, cuja execução deverá ser levada a efeito, de tal modo. Assim o próprio serviço é objeto de concessão e estando êle, pela própria natureza, fora do comércio, isto é, não sendo suscetível de transação ou troca de utilidades econômicas, não se compreende se classifique a concessão como contrato. E' de notar-se, além disso, que se uma coisa é havida como inalienável, não há que se justifique a distinção ante a possibilidade de ser ou não, objeto de relações jurídicas, segundo estas são estabelecidas em atenção ou não ao seu destino, pois, a inalienabilidade deve ser absoluta, isto é, ou o bem é alienável ou não o é, enquanto conserva determinada natureza.

Ainda, falar em contrato de adesão é negar o contrato, pois, êsses dois termos "hurlent de se trouver ensemble". De fato, o contrato pressupõe integração de vontades com referência à relação jurídica e tem por conteúdo e fim a satisfação de interesses opostos, em que as partes livremente debatem as suas cláusulas, o que, certamente, falta no pseudo contrato de adesão e falta porque não se fundem realmente suas vontades, havendo simples manifestação unilateral de duas vontades: a primeira outorgando a concessão e a segunda aceitando-a. A adesão de um ato jurídico objetivo não é suficiente para transformar essa relação em contrato, pois, nem todo acôrdo de vontades deve ser havido como tal. Para que êsse exista é necessário que as partes, acordando sobre os conteúdos opostos, cada um satisfazendo interesses próprios, estabeleçam, diretamente, situação jurídica subjetiva nova, seja ela modificação da situação jurídica anterior ou, então, pela criação mesmo, de outra situação jurídica. Não se pode mudar o conceito do contrato tradicional desde o direito romano para enquadrar ou procurar enquadrar dentro dêle a figura da concessão. Se esta não pode ser havida como contrato, dentro do conceito clássico dêste, o razoável é modificar êsse conceito, mas, enquadrar o instituto em outra figura jurídica.

Por fim, admitir que a concessão, sendo um contrato de direito público, seja suscetível de regulamentação e assim seja lícito ao poder público adaptá-la, segundo o interesse público, é, na verdade, negar a existência do contrato, pois, se neste as duas vontades se integram, não se pode permitir, após a fundição dessas vontades sobre determinado objeto por uma das partes. Aliás, o afirmar que os contratos de direito público devem se reger, apenas formalmente, por formas idênticas às de direito privado e materialmente por normas diversas, é justamente aceitar que a concessão não se pode reger pelo contrato, pois, as normas fundamentais que regulam êsse instituto jurídico devem ser, sempre, as mesmas, tanto no aspecto formal como

material, visto que o seu conceito é fornecido pela teoria geral do direito, sendo que a distinção entre contrato de direito público e de direito privado deve estar, apenas, no objeto e fim da relação jurídica. De fato, certos autores para evitar a crítica, chegam até a substituir a expressão "contrato" pela de ato bilateral.

Os direitos e obrigações que decorrem da concessão não têm a sua fonte direta no acôrdo de vontades entre concedente e concessionário, mas, na lei editada unilateralmente pelo Estado e que pode ser por êle livremente modificada sem qualquer interferência do particular, alterando o modo de organização e funcionamento do serviço, segundo as conveniências públicas. Não se pode, em absoluto, chamar de contrato o acôrdo de vontades sobre execução de determinado serviço público, pelo qual uma das partes entrega à outra tal atribuição e esta se obriga a executá-la, segundo as prescrições daquela, isto é, a submeter-se aos textos legais promulgados ou a se promulgarem, sobre a organização e funcionamento do serviço. Não é possível o contrato sobre objeto indeterminado.

§ 5.º — Teorias complexas

48 — Pelo exposto se verifica que ambas as correntes doutrinárias são deficientes e a discussão continuaria, entre unilateralistas e contratualistas sem resultado prático, se não aparecesse nova corrente doutrinária.

Procurando solver êsse impasse criado pela divergência entre unilateralistas e contratualistas, e reconhecendo que ambos os lados tinham parcelas de razão, foi arquitetada a *doutrina complexa* que procura harmonizar as duas posições em choque e por termo ao debate existente entre os respectivos especialistas.

49 — Sustentou-se, então, que a concessão é, na verdade, um instituto jurídico complexo, no qual há duas operações distintas e fundamentais: o ato unilateral regulamentando a organização e funcionamento da concessão, e o contrato regendo o aspecto econômico do negócio.

Essa teoria, é preciso esclarecer, não se confunde com a do ato-contrato, embora tenha ido, sem dúvida, beber na sua fonte a idéia da solução proposta, a qual, foi, entretanto, completada com os elementos fornecidos pela discussão havida entre as correntes opostas: unilaterais e convencionais, em as suas recentes modalidades teóricas.

Dizemos que se não confunde com a teoria do ato-contrato, por que esta, na verdade, reduz a concessão a um verdadeiro contrato, como proclamam os seus adeptos, ao passo que a teoria em aprêço entende que os dois atos jurídicos: unilateral e contratual, têm vida própria, e campo de ação peculiar, com duas situações jurídicas distin-

tas. Daí, afirmarmos que foi esclarecida pelos argumentos expendidos nas discussões havidas entre unilateralistas e contratualistas.

Distinguindo-se na concessão dois elementos essenciais, condicionados um ao outro, sem se fundirem, encontram, os adeptos desta teoria, dificuldade em explicar quando surge a concessão.

50 — Alguns entendem que ela surge com o ato unilateral e, apenas, se aperfeiçoa, para efeito de execução, com o contrato complementar, anexo ao ato de concessão, o qual constitui, assim, simples condição de eficácia do ato unilateral. O contrato é o meio pelo qual se obtém a cooperação do concessionário e concerne ao arranjo financeiro da concessão, sendo que aquêle, ao firmá-lo, se dispõe à organização e funcionamento do serviço, desde que a sua estabilidade econômica fique assegurada nos moldes contratados, única cousa, aliás, objeto do contrato.

51 — Outros pensam que a concessão surge do contrato, pelo que se acorda a instituição de um serviço público, mas, como o contrato só rege as relações de ordem patrimonial, respeitantes ao seu objeto, a administração não perde a sua situação legal de poder público... Por isso, o contrato deve dispor somente sobre os assuntos da alçada que lhe é própria e não sobre a matéria de ordem legal. Na hipótese, entretanto, de enfeixar nas suas cláusulas tais assuntos, não se pretende, com isso fixá-los na rigidez do contrato, pois, pela sua natureza flexível, a ele não podem, em absoluto, estar sujeitos. Entender-se-á, em tais circunstâncias, como implícito nos termos do contrato, — que regula a instituição de um serviço público e o seu aspecto financeiro — quando não houver dispositivo expresso, que as matérias de ordem legal são susceptíveis de alterações regulamentares contratuais.

A regulamentação da organização e funcionamento do serviço é feita unilateralmente pelo concedente, não pelo fato de ser a concessão contrato de direito público, e, por conseguinte, devam aquelas cláusulas contratuais ser amoldadas, pela administração, segundo as necessidades e conveniências públicas, mas porque envolve a situação legal do serviço, matéria regulamentar fora do contrato.

52 — Por não se haverem apercebido da “nuance” entre as concepções desses autores que conceituam a concessão como ato complexo, mas explicam de forma diferente o momento da constituição da concessão, — há escritores que, ao classificarem as doutrinas sobre a concessão, colocam os primeiros como partidários da antiga e obsoleta teoria do ato-contrato e os segundos como adeptos da teoria do contrato de direito público, quando, conforme expuzemos, isso se não dá.

De fato, para os partidários de ambas essas teorias, a concessão enfeixa dois atos jurídicos com vida própria, a saber: o ato do poder público, unilateral, que estabelece a organização e funcionamento do serviço, a sua situação legal; e o contrato oriundo do acôrdo de vontades, que rege o aspecto patrimonial do negócio, a sua posição econômica individual.

Ambas as teorias, no entanto, não podem explicar como êsses dois atos, unilateral, regendo a organização e funcionamento do serviço, e contratual, dispondo sobre o aspecto patrimonial dêle, se condicionam um ao outro sem se fundirem, se integrando no instituto complexo da concessão. E' que, para estabelecer tal relação jurídica, há necessidade de outro ato, ato êsse que condiciona a aplicação das normas objetivas da organização e funcionamento do serviço, às situações subjetivas surgidas do acôrdo entre concedente e concessionário. Daí a necessidade de nova teoria para solver a incógnita.

53 — Então, surge a nova concepção daqueles que entendem que o ato jurídico instituidor da concessão não é nem ato unilateral, nem um contrato, e sim ato-união pelo qual se acorda a instituição de um serviço público, que será explorado nos termos regulamentares prescritos por ato unilateral do concedente, garantida ao concessionário a estabilidade econômico-financeira da empresa, nos moldes fixados pelo contrato complementar ao ato de concessão.

O serviço público, cuja exploração por terceiros fôr acordada mediante ato-união, será levado a efeito pelo concessionário, dentro das normas legais vigentes na matéria, editadas pelas entidades políticas competentes e na forma regulamentar estabelecida pelo concedente, com as modificações introduzidas, unilateralmente, no curso da exploração do serviço e exigidas pelo interesse coletivo, assegurada, sempre, no entanto, a equação econômico-financeira do concessionário, fixada pelo contrato, complementar ao ato jurídico pelo qual se acordou a concessão.

O contrato regula as cláusulas relativas ao “quantum” da renda a ser auferida pela prestação do serviço, bem como as que reflexamente possam influir sobre êle, a saber: as que outorgam privilégios e regalias aos concessionários, fixam os prazos e forma de início e extensão da concessão e regem as condições de indenização por ato regulamentar do concedente.

Pelo ato-união, as partes acordam a instituição ou, ao menos, a execução de determinado serviço público, assumindo direitos e obrigações. O concedente concorda em entregar ao particular certo serviço, com o fim de vê-lo desempenhado da melhor forma possível, sem desembolso de grandes capitais e, assim, se supre deficiência até então existente na vida administrativa e, por sua vez, se obriga a lhe conferir os meios públicos necessários para isso, e o concessionário

rio concorda em executá-lo com o fim de obter certa remuneração, julgada satisfatória em função do capital empregado na instalação e funcionamento do serviço e, por seu lado, se obriga a levá-lo a efeito no interesse coletivo, como serviço público que é.

Assim, além do ato-união que firma o acôrdo de execução do serviço público, há o ato unilateral fixando a situação objetiva do serviço relativo à sua organização e funcionamento, e o ato contratual, regendo a situação subjetiva dêle, a qual compreende as relações de ordem patrimonial, bem como o modo, a forma e as condições de execução do serviço que repercutem diretamente sobre a situação econômico-financeira da concessão. Cada um dos atos jurídicos referidos dispõe sobre os assuntos da alçada que lhes é peculiar e, todos, com o campo de ação próprio, se encontram no instituto jurídico complexo, que é a concessão. Embora materialmente a concessão pressuponha vários atos jurídicos, nada impede que, formalmente, êles se enfeixem em um único documento, compreendendo o acôrdo havido para a execução do serviço público e os princípios em que se acordou essa execução. O documento escrito pelo qual se exterioriza um ato jurídico não tem a faculdade de modificar a natureza dos elementos que o integram.

A instituição do serviço público concedido se assemelha, na sua estrutura jurídica, à instituição da família. Pelo ato-união duas pessoas acordam em se casar e instituir uma família, nos termos prescritos unilateralmente pelo Estado, sujeitando-se às alterações legislativas supervenientes. Querendo, porém, garantir a situação econômica do casal, podem contratar sobre o regime de bens, dispondo como melhor julguem ficar acautelados recíprocos interesses.

Portanto, a concessão se institui mediante o ato-união em que ambas as partes concordam em estabelecer determinado serviço público, assumindo o concessionário a obrigação de levá-lo a efeito no interesse coletivo, satisfeita a sua situação econômico-financeira, fixada no contrato, e aceitando o concedente a obrigação de outorgar ao seu delegado os elementos necessários à execução do serviço público e garantir a equação econômico-financeira, exercido aquêle, segundo o bem público, prescrito por ato regulamentar.

As obrigações que, nascendo do acôrdo estabelecido entre concedente e concessionário, a fim de realizar o serviço público, se resumem em um compromisso de colaboração leal e recíproca, pelo qual ficam, ao mesmo tempo, reconhecidas, mediante atos jurídicos competentes, a garantia do equilíbrio financeiro do concessionário e a possibilidade das prestações, segundo as normas regulamentares. A estabilidade econômica do concessionário se assegura por preceitos rígidos e as condições de organização e funcionamento do serviço os-

eilam, conforme as conveniências públicas, adaptando-se às suas necessidades variáveis.

Assim, as relações de ordem patrimonial, relativas à execução de determinado serviço concedido, regem a posição econômico-financeira do concessionário, com direitos e obrigações referentes ao serviço acordado; e as relações de ordem legal, relativas à organização e funcionamento estável do serviço sobre bases tarifárias razoáveis, regem a posição regulamentar do serviço acordado.

O poder público não se despoja das atribuições que lhe são peculiares e que justificam a sua razão de ser, pelo só fato de outorgar a particulares, mediante acôrdo, a execução de determinado serviço público, cuja regência deve sempre ficar subordinada ao seu fim específico: satisfação do bem estar da coletividade. O particular, por sua vez, ao se obrigar a exercer determinado serviço público, conforme o interesse coletivo ajuizado pela administração pública, não fica em posição de inferioridade, porque livremente acordou na execução do serviço, dentro da equação econômico-financeira por êle contratada.

54 — Com a doutrina do ato complexo, na sua forma mais perfeita, isto é, que entende ser a concessão instituída por ato-união, mas regida por regulamento unilateral do concedente e completada por contrato patrimonial, se dissipam as dúvidas suscitadas pelas correntes unilaterais e convencionais, se conciliam as posições e se explicam perfeitamente todos os aspectos da concessão.

Realmente, o concedente e o concessionário, ao acordarem ambos a instituição do serviço público, têm as vontades solicitadas por idênticas causas intrínsecas, ou seja: a relação jurídica se firma, para se criar serviço público, pelo qual se satisfaçam os interesses coletivos. A causa final, porém, é diferente: o concedente visa dar melhor forma para se atingir a causa formal do acôrdo, o concessionário visa obter determinada posição financeira, na execução da causa formal do acôrdo, satisfazendo, no entanto, ambos, tal conteúdo, que, como salientamos, é o de instituir um serviço público.

O interesse do concessionário se cifra em obter lucros na exploração do serviço e foi tendo em mira esta causa final que acordou em aceitar a concessão de serviço público, enquanto o interesse do Estado é atender às necessidades coletivas na forma que lhe parece mais conveniente e considerando esta causa final, acordou em delegar a terceiro a concessão de serviço público. Assim, a concessão é originada de acôrdo, por conseguinte, convencional, mas não contratual. Para, porém, assegurar a sua posição financeira e atingir o fim pelo qual acordou em levar a efeito o serviço público, o concessionário firma contrato que estabelece a sua equação econômica. Por sua vez, o serviço público, pelo fato de sua execução haver sido entregue a

um particular, não perde o caráter de serviço público e, por conseguinte, não se despoja o Estado das suas prerrogativas de prescrever, unilateralmente, as normas mais aconselhadas para o seu bom desempenho no interesse coletivo, como juiz, que é, dêsse interesse.

Fica, perfeitamente, explicada a razão da regulamentação e defendidos os direitos e obrigações das partes.

O objeto da convenção é instituir um serviço público, o qual precisa de ser levado a efeito dentro dos moldes mais convenientes ao interesse coletivo, competindo à administração, na qualidade de poder incumbido da vigilância daquele interesse, prescrever as normas julgadas mais aconselhadas a fim de se atingir tal objetivo.

O fim que tem em vista a administração, ao firmar a convenção, é realmente este: o de escolher entidade capaz de realizar proficientemente determinado serviço público, a quem delega atribuição que lhe é peculiar e lhe assegura determinada vantagem econômica. E isso precisa de ser respeitado. Por outro lado, o fim que tem em atenção o concessionário ao aderir à concessão é o seguinte: executar certo serviço público, mediante a inversão de determinado capital e organização adequada de empresa, a fim de obter um lucro compensador pela prestação de tais atividades, satisfazendo, no entanto, o interesse coletivo nos moldes previstos pelo poder público. E isso, também, precisa de ser respeitado.

O direito de exercer a concessão constitui um direito único e não vários direitos dos quais irradiem as faculdades que dos atos administrativos (legais ou regulamentares) promulgados ou ordenadas pelos órgãos competentes, — seja antes da concessão, ao se fazer a concessão ou ainda depois dela, — são atribuídos ao concessionário. Todas essas faculdades são instrumentos conferidos ao concessionário para exercer o serviço público que se, por um lado, é um direito dêle, por outro, é uma obrigação que lhe pertence, ou mais, lhe incumbe, uma vez que assumiu tal encargo. Assim, o concessionário possui tais faculdades enquanto são, pela administração, julgadas úteis para êle cumprir o serviço público, como mero meio a se atingir aquêle fim.

As alterações na organização e funcionamento do serviço não acarretam qualquer dano ao concessionário, uma vez se lhe assegure a equação financeira estabelecida pelo contrato e, entretanto, aquelas medidas permitem à administração prover ao interesse coletivo, segundo as circunstâncias que se apresentam.

O interesse privado deve, sempre, ceder diante do interesse público. Sobre este só prevalece o direito privado, cuja segurança contra aquela está na reparação patrimonial dos danos sofridos. Ante o interesse coletivo, o titular de direito privado tem direito, apenas,

à sua conversão em determinada expressão patrimonial. Esse o princípio que rege o direito público, e, portanto, os serviços concedidos.

Sobre a tese do professor Bandeira de Melo emitiu parecer a comissão competente, sendo relator o sr. João Abreu. Concluiu o parecer pela aprovação da tese, na parte em que vê, na concessão, negócio jurídico contratual. Sustentou, contudo, não se lhe afigurar plenamente satisfatória, no seu conjunto, a explicação oferecida pelo ilustre administrativista no identificar, quanto ao complexo de relações intercedentes entre concedente e concessionário, a natureza jurídica da concessão de serviço público.

Pôsto em debate o parecer, em plenário, foi êle aprovado.